

La justice constitutionnelle en France

Louise Favoreu



Volume 26, numéro 2, 1985

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042667ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042667ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Favoreu, L. (1985). La justice constitutionnelle en France. *Les Cahiers de droit*, 26(2), 299–337. <https://doi.org/10.7202/042667ar>

Résumé de l'article

The 1958 Constitution provided France with a constitutionally based system of justice and although this had been contrary to French traditions — and consequently apprehended at that time — the system has progressively developed and become one of the main elements of the French constitutional regime and at the same time, one of its most dynamic and appreciated components.

This article presents the French Constitutional Council: its status, composition and operations. It maps out areas in which this body has had to intervene and, above all, it analyses the jurisprudence of the Council and notes that its most impressive contribution lies in the field of the constitutional review of laws and its main objective, basic personal freedoms.

The conclusion of this study is that French constitutional law has undergone radical modifications under this system and that in the future, it has become a fertile ground for comparative studies for the Canadian jurist due to the constitutional review of laws in the name of personal freedoms.

La justice constitutionnelle en France

Louis FAVOREU *

The 1958 Constitution provided France with a constitutionally based system of justice and although this had been contrary to French traditions — and consequently apprehended at that time — the system has progressively developed and become one of the main elements of the French constitutional regime and at the same time, one of its most dynamic and appreciated components.

This article presents the French Constitutional Council: its status, composition and operations. It maps out areas in which this body has had to intervene and, above all, it analyses the jurisprudence of the Council and notes that its most impressive contribution lies in the field of the constitutional review of laws and its main objective, basic personal freedoms.

The conclusion of this study is that French constitutional law has undergone radical modifications under this system and that in the future, it has become a fertile ground for comparative studies for the Canadian jurist due to the constitutional review of laws in the name of personal freedoms.

	<i>Pages</i>
Introduction	300
1. L'institution chargée de la justice constitutionnelle : le Conseil constitutionnel	303
1.1. Le statut.....	303
1.2. La composition : les « neuf sages »	304
1.3. Fonctionnement et procédure.....	307
2. Les secteurs d'intervention de la justice constitutionnelle	308
2.1. Les attributions du Conseil constitutionnel autres que le contrôle de la constitutionnalité des lois	309
2.2. Le contrôle de la constitutionnalité des lois.....	313
2.2.1. Le contrôle préventif	314
2.2.2. Le contrôle a posteriori.....	321

* Professeur à la Faculté de droit et de science politique de l'Université d'Aix-Marseille, doyen honoraire de la Faculté et président honoraire de l'Université, Professeur invité à l'Université Laval (1984)..

	<i>Pages</i>
3. La jurisprudence constitutionnelle.....	322
3.1. Évolution et cohérence de la jurisprudence.....	322
3.2. Les principaux apports de la jurisprudence.....	323
4. La justice constitutionnelle et l'ordre juridique et politique.....	330
4.1. L'influence sur l'ordre juridique.....	330
4.2. L'influence sur l'ordre politique.....	334
Conclusion.....	336

Introduction

La France est dotée, depuis plus de vingt-cinq ans d'un système de justice constitutionnelle alors qu'elle n'en avait jamais connu tout au long de son histoire, et notamment depuis 1789. Et ce système, qui est l'un des éléments les plus originaux et les plus importants de son organisation politique et constitutionnelle, est aussi l'un des plus appréciés par l'opinion publique, comme l'a révélé un sondage effectué à l'occasion du vingt-cinquième anniversaire de l'adoption de la Constitution, en septembre 1983¹.

Pourtant, l'une des constantes du droit public français classique était l'hostilité à tout système de justice constitutionnelle et particulièrement au contrôle de constitutionnalité des lois. Cette tradition d'hostilité, forgée notamment au XIX^e siècle et au début du XX^e, avait des racines diverses et solides : tout d'abord, l'opprobre s'attachant aux précédents peu glorieux du Sénat conservateur du Premier et du Second Empire ; ensuite, l'effet du contre-exemple américain résultant de l'ouvrage de Lambert sur le « Gouvernement des juges aux États-Unis »² et du conflit entre Roosevelt et la Cour suprême au moment du *New Deal* ; enfin et surtout, le dogme

1. Enquête SOFRES-FIGARO, « Les Français et les institutions, 25 ans après la naissance de la V^e République », cité in *La Constitution de la V^e République*, Duhamel et Parodi éd., Paris, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, 1985, p. 184. D'après cette enquête, 80 % des Français sont favorables au « Conseil constitutionnel qui veille à la régularité des lois et des élections ». La justice constitutionnelle vient ainsi juste après l'élection du président de la République au suffrage universel (86 %) et avant le recours au référendum (76 %).

2. E. LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921.

rousseauiste de l'infailibilité de la loi, et celui, subséquent, de l'omnipotence du Parlement³, dogmes devant lesquels s'inclinent le juge judiciaire et le juge administratif, auxquels il était d'ailleurs « fait défense », depuis la célèbre Loi des 16-24 août 1790, « de s'immiscer dans le fonctionnement des pouvoirs publics ». En sorte que, comme l'a plaisamment souligné Jean Rivero lors d'un Colloque organisé à Aix en 1981, du temps où il faisait ses études (c'est-à-dire à la fin de la III^e République) « le contrôle de constitutionnalité des lois était au droit public ce que le western et la comédie musicale étaient au cinéma, une spécialité américaine. » Car ajoutait-il, « L'Europe n'était pas encore guérie de la leçon de Jean-Jacques Rousseau : la loi est l'expression de la volonté générale, la loi ne peut être que souveraine. »⁴

À la Libération, lors de l'élaboration de la Constitution de 1946, les trois grands partis qui forment la coalition majoritaire au sein de l'Assemblée constituante sont en désaccord sur l'institution d'une justice constitutionnelle : les communistes et les socialistes sont contre, tandis que les chrétiens sociaux (le MRP) sont, comme leurs homologues italiens et allemands à la même époque, favorables à la mise en place d'une telle institution. Finalement, un compromis s'établit mais il n'aboutit qu'à la création d'un faux-semblant de justice constitutionnelle, le Comité constitutionnel qui ne siégera qu'une seule fois en douze ans⁵ !

En 1958, il n'y a pas, semble-t-il, de volonté de créer un système complet et réfléchi de justice constitutionnelle : on veut simplement instituer un gardien de la Constitution chargé de veiller à ce que le Parlement ne sorte pas des limites fixées par celle-ci et ne remette pas en cause le « parlementarisme rationalisé », élément essentiel de la nouvelle organisation constitutionnelle. Cette tâche est confiée à un nouvel organisme dénommé « Conseil constitutionnel », par référence au Conseil d'État. Aucune référence, en revanche, n'est faite aux exemples étrangers et notamment européens, ni d'ailleurs — et pour cause — à l'histoire. Il s'agit donc de la naissance discrète d'une institution modeste qui sera, dès le début, décriée par une doctrine et une classe politique très peu informées des expériences étrangères de justice constitutionnelle et qui, néanmoins, afficheront un mépris certain pour cet

3. Dogmes exposés, de manière parfaite, dans les ouvrages classiques R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, 1931, rééd. Paris, Economica, 1984, et *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 vol., Paris, Sirey, 1920-1922.

4. J. RIVERO, Rapport de synthèse au Colloque d'Aix-en-Provence des 19-21 février 1981, in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Aix-en-Provence et Paris, PUAM et Economica, collect. Droit public positif, 1982, p. 518.

5. Sur les discussions relatives à la justice constitutionnelle lors de l'élaboration de la Constitution de 1946, et sur le Comité constitutionnel, l'ouvrage de base est : J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris, L.G.D.J., 1953.

organisme au nom d'une comparaison avec des systèmes étrangers qu'elles ne connaissent pas (les systèmes européens) ou qu'elles croient connaître (le système américain)⁶. L'institution commence cependant à être prise au sérieux à partir de la décision de 1971 sur la liberté d'association, et elle s'affirme pleinement avec la réforme du 29 octobre 1974 ouvrant la saisine aux parlementaires, réforme dont la portée sera considérable et qui est mise en œuvre tant par l'opposition de gauche (qui a refusé de la voter) avant mai 1981, que par l'opposition de droite, après cette date.

Le principe de la justice constitutionnelle est aujourd'hui accepté par l'ensemble de la classe politique et la quasi-totalité de la doctrine, alors qu'au début de la V^e République, il faisait l'objet d'un consensus en sens inverse s'appuyant sur une longue tradition.

En fait, la France n'a fait que rejoindre le formidable mouvement qui a marqué l'évolution constitutionnelle de plusieurs pays d'Europe occidentale au cours des trente ou quarante dernières années, à savoir le développement et l'extension du modèle européen de justice constitutionnelle⁷. Après l'Autriche, qui a remis en vigueur en 1945 le système imaginé par Hans Kelsen en 1920, l'Allemagne fédérale, puis l'Italie, ont créé des cours constitutionnelles dotées d'une autorité et d'attributions considérables qui ont profondément influencé la vie juridique et politique de ces pays. Plus récemment, les États ayant instauré des systèmes démocratiques après des périodes plus ou moins longues de dictature ont immédiatement mis en place une justice constitutionnelle soit sur le modèle européen (l'Espagne en 1978 et le Portugal en 1977-82) soit sur le modèle américain aménagé (la Grèce en 1975). Et récemment, la Belgique avec la création d'une « Cour d'arbitrage » a également adhéré à ce mouvement⁸. En sorte qu'aujourd'hui la plupart des pays d'Europe occidentale (et quelques-uns de l'Europe de l'Est comme la Yougoslavie) admettent la légitimité d'un contrôle des pouvoirs publics, et notamment du législateur, par la justice constitutionnelle.

Toutefois le système français, tout en faisant incontestablement partie de la famille des cours constitutionnelles européennes, se singularise par un certain nombre de traits qui lui sont propres : tout d'abord, la juridiction en charge de la justice constitutionnelle est non seulement située en dehors de l'appareil juridictionnel, comme les autres cours constitutionnelles, mais au surplus elle n'a pas de liens directs avec celui-ci ; ensuite, le contrôle

6. Il y aurait une étude (scientifique) à faire sur la manière (non scientifique) dont cette institution a fait l'objet d'une condamnation a priori par la doctrine en France.

7. Voir en ce sens, M. CAPPELLETTI, in *Cours constitutionnelles...*, *supra*, note 4, p. 464 s.

8. Voir sur l'ensemble notre étude : L. FAVOREU, « Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », *Revue du droit public* (désormais citée : *RDP*) 1984, n° 5, p. 1147-1201.

juridictionnel des lois s'exerce essentiellement de manière préventive et à l'initiative des minorités parlementaires ; enfin, le juge constitutionnel français est surtout un « contrôleur » du Parlement à la différence des cours constitutionnelles et aussi des cours suprêmes qui cumulent souvent ces fonctions avec celles de cour administrative, de cour de cassation, de haute cour de justice, et parfois de tribunal des conflits. En France, en effet, le Conseil d'État et la Cour de cassation assurent déjà le respect de la Constitution par les plus hautes autorités administratives et il n'est pas nécessaire d'en charger aussi le juge constitutionnel.

1. L'institution chargée de la justice constitutionnelle : le Conseil constitutionnel

Bien qu'il soit qualifié de « conseil » et non de « cour » ou de « tribunal », le Conseil constitutionnel ressemble fort aux autres cours constitutionnelles européennes quant à son statut, sa composition et son mode de fonctionnement.

1.1. Le statut

Il est essentiel de noter que le Conseil constitutionnel est doté d'un statut constitutionnel qui le met à l'abri des atteintes que pourraient lui porter les pouvoirs publics qu'il est chargé de contrôler et qui lui assure une totale indépendance.

En effet, la composition, les attributions et l'autorité du juge constitutionnel sont fixées par la Constitution, qui lui consacre un titre particulier — le Titre VII — et huit articles (56 à 63). En outre, les modalités d'application de ces articles, concernant notamment le statut des membres, l'organisation et le fonctionnement du Conseil et la procédure suivie devant lui, sont déterminées par des « lois organiques », c'est-à-dire des lois qui sont obligatoirement soumises à son propre contrôle⁹. Enfin, les autres règles d'organisation et de fonctionnement sont définies par le Règlement intérieur que le Conseil constitutionnel arrête lui-même. Et on ajoutera que la Haute juridiction jouit d'une complète autonomie administrative et financière car elle dispose d'un budget autonome dont le président du Conseil constitutionnel est l'ordonnateur, et d'un personnel recruté par ce dernier. Toutes les

9. Les lois organiques sont des lois auxquelles renvoie la Constitution (dans 20 cas) pour son application et qui sont adoptées dans des formes plus solennelles que les lois ordinaires : notamment elles sont soumises à un contrôle *obligatoire* du Conseil constitutionnel avant leur promulgation.

dépenses, y compris les émoluments des juges, sont payées sur ordre du président par un trésorier recruté par lui.

Ceci explique que seule une loi constitutionnelle pourrait réformer l'institution et modifier sa composition ou ses attributions. Or, en France, une loi constitutionnelle ne peut être adoptée que si le Sénat et l'Assemblée nationale prennent, séparément, une résolution en faveur de la révision de la Constitution, résolution qui doit être ensuite soit votée par référendum, soit votée par les trois cinquièmes des députés et sénateurs réunis en Congrès. En l'état actuel, par exemple, une telle révision est impossible car si la gauche possède une très large majorité à l'Assemblée nationale, elle est minoritaire au Sénat et, globalement, elle n'atteint pas les trois cinquièmes au Congrès. On comprend, de ce fait, que lors de l'alternance en 1981-82, et malgré les menaces proférées contre l'institution au cas où elle s'opposerait aux réformes votées par la nouvelle majorité, celle-ci se soit inclinée devant toutes ses décisions et n'a tenté à aucun moment de mettre en cause ni son autorité ni son statut ¹⁰.

Ceci fait toute la différence avec le juge ordinaire qui, lui, n'est pas protégé par un statut constitutionnel. Ainsi en 1962-63, le Conseil d'État ayant annulé une ordonnance signée par le général de Gaulle ¹¹, celui-ci demanda que fut préparée une loi réformant le Conseil d'État et réduisant ses attributions. Certes les défenseurs du juge administratif parvinrent à convaincre le chef de l'État de limiter la portée de la réforme, mais doté d'un statut non constitutionnel, et malgré son prestige, le Conseil d'État a pu constater qu'il n'était pas à l'abri des ripostes des pouvoirs qu'il est chargé de contrôler.

1.2. La composition : les « neuf sages »

Le Conseil constitutionnel est composé de neuf membres nommés auxquels viennent s'adjoindre parfois des membres de droit.

(1) Les *membres de droit* sont les anciens présidents de la République. Mais, en fait jusqu'ici, des membres de droit n'ont assisté aux séances du

10. Voir à ce sujet nos observations sur l'affaire des nationalisations, affaire à propos de laquelle les critiques de la Gauche ont été les plus violentes (L. FAVOREU, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP* 1982, p. 377. Voir aussi *Nationalisations et Constitution*, Aix-en-Provence et Paris, Economica et PUAM, collection Droit public positif, 1982).

11. C.E. 19 octobre 1962, arrêt *Canal, Robin et Godot* in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8^e éd., Paris, Sirey, 1984, n° 103, p. 511 ; *Actualité juridique*, 1962, 612, chronique A. DE LAUBADÈRE ; *Semaine juridique* 1963 — II. 13068 note C. DEBBASCH.

Conseil constitutionnel que de 1959 à 1962 : les anciens présidents de la IV^e République, Vincent Auriol et René Coty ont siégé, le premier de 1959 à 1960, le second de 1959 à 1962 ; le général de Gaulle n'a jamais siégé, de sa démission (avril 1969) à sa mort (novembre 1970) ; Georges Pompidou est mort lorsqu'il était président de la République ; quant à Valéry Giscard d'Estaing, il n'a jamais assisté à une séance du Conseil constitutionnel et depuis qu'il a été élu député (en septembre 1984), il n'a plus le droit de siéger au Conseil, du moins pendant la durée de son mandat parlementaire ¹².

En définitive, de 1962 à 1985 le Conseil constitutionnel a été composé de neuf juges nommés.

(2) *Les membres du Conseil constitutionnel sont nommés pour neuf ans, à raison de trois par le président de la République, trois par le président du Sénat et trois par le président de l'Assemblée nationale.* Le Conseil étant renouvelable par tiers tous les trois ans, chaque autorité désigne un membre tous les trois ans, ce qui assure une certaine continuité et aussi une diversité d'origine : ainsi, à l'heure actuelle, siègent au Conseil trois membres désignés par Alain Poher (qui est président du Sénat depuis 1968), deux par Valéry Giscard d'Estaing, un par François Mitterrand, deux par Louis Mermaz (actuel président de l'Assemblée nationale) et un par Jacques Chaban-Delmas (ancien président de l'Assemblée nationale).

Malgré l'absence de conditions de capacité juridique exigées pour être nommé membre du Conseil constitutionnel, la plupart des 35 personnalités désignées depuis 1959, sont des juristes de formation ou de profession. Ainsi, dans sa composition actuelle, le Conseil compte-t-il trois conseillers d'État, deux professeurs de droit public (anciens doyens des facultés de droit de Paris et de Lyon) et trois avocats ou avoués. Mais au-delà de leurs qualifications juridiques, beaucoup de ces membres ont aussi une expérience particulière des affaires de l'État : en effet, deux d'entre eux ont occupé le poste clé de secrétaire général du gouvernement sous la IV^e République ¹³, quatre sont d'anciens ministres, six ont été parlementaires (l'un d'entre eux ayant été vice-président du Sénat et président de la commission des lois) ; enfin, un autre a été membre puis président de la Cour de justice des communautés européennes (de 1967 à 1976). Ces expériences cumulées sont extrêmement utiles car une juridiction constitutionnelle a à statuer sur des problèmes très divers touchant aux différents secteurs de l'activité juridique et politique ; par ailleurs, elle a à se prononcer en termes juridiques sur des

12. Décision du Conseil constitutionnel du 7 novembre 1984.

13. Poste clé, le secrétariat général du gouvernement est en quelque sorte le « notaire » de la République car il participe à la rédaction et tient registre de tous les actes fondamentaux de la République.

questions politiques et il est bon qu'à côté des spécialistes que peuvent être les professeurs de droit ou les conseillers d'État, il y ait aussi des parlementaires et d'anciens membres du gouvernement susceptibles d'expliquer comment fonctionnent les rouages de l'État.

Comme dans toutes les juridictions constitutionnelles — qu'il s'agisse des cours constitutionnelles européennes ou de la Cour suprême des États-Unis — les membres ont des sensibilités politiques proches de celles des autorités qui les nomment : et ceci, loin d'être une tare comme on l'écrit parfois, est au contraire une nécessité car cela confère à la justice constitutionnelle une part de légitimité démocratique¹⁴. Dans le Conseil constitutionnel actuel, on compte ainsi deux anciens responsables du Mouvement républicain populaire, un membre du CNIP¹⁵, un gaulliste, deux membres du Parti socialiste ou proches de celui-ci et trois non classables. Il n'y a pas eu, jusqu'ici, de communiste.

En toute hypothèse, une fois nommés les juges constitutionnels bénéficient d'une totale indépendance car, d'une part, leur mandat de neuf ans n'est pas renouvelable et, d'autre part, ils ne peuvent être démis ou révoqués, sauf par le Conseil constitutionnel lui-même et dans des circonstances exceptionnelles (en fait cela ne s'est jamais produit). Par ailleurs leur grand âge, s'il peut constituer un inconvénient (encore que la tâche ne soit pas actuellement très lourde), présente l'avantage de les mettre à l'abri des tentations¹⁶. Ceci explique qu'en 1971, un Conseil constitutionnel largement dominé par les gaullistes ait infligé un sévère désaveu au gouvernement gaulliste désigné par Georges Pompidou, alors pourtant que ce gouvernement essayait de lutter contre la menace de subversion après mai 1968¹⁷. Et il en a été de même en 1977 lorsque le Conseil a invalidé une loi visant à permettre de fouiller les véhicules automobiles pour lutter contre le grand banditisme et le terrorisme¹⁸ ; ou encore, en 1979, lorsqu'a été entièrement annulé le

14. Voir en ce sens M. CAPPELLETTI, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », in *Cours constitutionnelles...*, *supra*, note 4, p. 478 ; L. FAVOREU, *supra*, note 8, p. 1190.

15. Le MRP était un parti du centre gauche puis du centre dont est proche le président du Sénat, A. Poher. Le CNIP (Centre national des indépendants et paysans) est un parti de droite.

16. Comme le dit J. RIVERO, « la maturité convient mieux aux membres des cours constitutionnelles qu'un excès de jeunesse. Il ne faut pas qu'un membre d'une cour constitutionnelle ait trop à s'interroger sur les postes qui pourront lui être conférés, selon qu'il aura plu ou déplu au pouvoir, une fois qu'il aura terminé sa carrière dans les juridictions constitutionnelles. » (*Cours constitutionnelles...*, *supra*, note 4, p. 521).

17. Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1984 (désormais cité : G.D.), n° 20, p. 222.

18. Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules*, G.D. 3^e éd., n° 29, p. 361.

budget présenté par le gouvernement de Raymond Barre sur saisine de l'opposition de gauche¹⁹. On peut citer encore la décision prononçant à l'unanimité, semble-t-il, l'annulation de l'une des principales dispositions de la *Loi sur les universités* proposée et votée par les socialistes, et rendue sous la présidence d'un ancien ministre socialiste nommé à cette fonction par le président François Mitterrand²⁰.

(3) *Le président du Conseil constitutionnel* est nommé par le président de la République parmi ses membres.

Le chef de l'État pourrait donc désigner l'un quelconque des membres nommés ou de droit. Mais selon la pratique qui s'est établie, le président de la République confie toujours la présidence du Conseil à l'un des membres qu'il nomme, dès le début du mandat de celui-ci. Ont rempli cette fonction : Léon Noël (1959–65), Gaston Palewski (1965–1974), Roger Frey (1974–1983) et Daniel Mayer (depuis 1983), c'est-à-dire trois gaullistes et un socialiste. Ils ont joué, chacun à leur manière, un rôle important. On mettra peut-être à part Roger Frey, sous la présidence duquel le Conseil a accompli des progrès décisifs²¹.

1.3. Fonctionnement et procédure

Les règles de fonctionnement et de procédure sont définies par une loi organique et par le Règlement intérieur, en sorte que le Conseil constitutionnel a le contrôle de l'édiction de ces règles.

On retrouve dans ces règles à la fois le caractère de juridiction constitutionnelle et de juridiction française du Conseil constitutionnel. En effet, en conformité avec le droit processuel français, les délibérations sont prises collégialement et sont secrètes ; et sont exclues non seulement les opinions dissidentes ou individuelles, mais même l'indication du partage des voix lors des décisions, puisque, avant d'entrer en fonctions, les membres prêtent serment « de garder le secret des délibérations et des votes »²². D'autre part, et comme chaque fois qu'il y a contrôle abstrait des normes

19. Décision n° 79-110 DC du 24 décembre 1979, *Vote du budget*, G.D. 3^e éd., n° 35, p. 451.

20. Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Indépendance des professeurs d'Université*, RD P 1984, n° 3, p. 702.

21. Cf. L. PHILIP, « Un pouvoir accru pendant neuf ans », journal *Le Monde*, 23 février 1983, p. 8.

22. Ceci n'empêche pas toujours que soit connu le détail de ces délibérations et de ces votes. Ainsi, lors de la célèbre décision du 6 novembre 1962 par laquelle le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour statuer sur la constitutionnalité d'une loi adoptée par référendum, ce détail fut connu (officieusement) sans doute du fait de l'un des membres de droit. Mais il est vrai que les membres de droit ne prêtent pas serment.

devant une juridiction constitutionnelle, la notion de parties au procès n'est guère affirmée et le débat contradictoire est peu organisé, sauf en matière de contentieux électoral²³. Par ailleurs, la brièveté des délais dans lesquels le Conseil doit statuer — généralement moins d'un mois — limite nécessairement l'ampleur de ces débats ; mais en matière de contrôle des lois ordinaires, on assiste de plus en plus à l'organisation d'un pré-débat constitutionnel au sein du Parlement, lors du vote de la loi.

La procédure suivie est de type inquisitoire, ce qui correspond assez bien à la fois aux droits processuels français et constitutionnel. Le président a des pouvoirs importants : il désigne les rapporteurs, mène l'instruction, fixe la date et l'ordre du jour des séances et signe seul les décisions. Celles-ci sont publiées au *Journal officiel de la République*, et ensuite réunies dans un recueil annuel publié sous le patronage du Conseil constitutionnel²⁴.

Les décisions du Conseil, selon l'article 62 de la Constitution, « ne sont susceptibles d'aucun recours [et] s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Cette autorité absolue de chose jugée est respectée y compris par le Parlement et le gouvernement ; le problème, ainsi que nous le verrons plus loin, réside plutôt dans l'application de ces décisions par les tribunaux ordinaires car le Conseil constitutionnel ne dispose ni des ressources d'une cour suprême de type américain ou canadien ni des moyens d'une cour constitutionnelle de type allemand, italien ou espagnol.

Les interventions de la justice constitutionnelle se situent dans des domaines assez divers.

2. Les secteurs d'intervention de la justice constitutionnelle

On considère habituellement que la justice constitutionnelle a quatre domaines d'intervention privilégiés qui sont les contentieux des votations (et élections) nationales, des relations entre les organes de l'État, des relations entre l'État et ses collectivités composantes et de la constitutionnalité des lois et des actes fondamentaux. À des degrés divers, le système français connaît ces différents secteurs. En revanche, à la différence de certaines juridictions constitutionnelles, le Conseil constitutionnel ne connaît pas du contentieux politique (mise en accusation du chef de l'État ou des ministres ou *impeachment*) car cela relève d'un organe distinct, la Haute Cour de justice.

23. Voir L. FAVOREU et L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, 3^e éd., Paris, PUF, 1985, p. 17 s.

24. *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, Imprimerie nationale, Paris (un volume par an depuis 1959. Dernier volume paru : 1983).

On distinguera le contrôle de la constitutionnalité des lois des autres types d'attributions.

2.1. Les attributions du Conseil constitutionnel autres que le contrôle de la constitutionnalité des lois

Ces attributions sont loin d'être négligeables et, dans une première période allant jusqu'en 1974, elles ont même constitué l'essentiel de l'activité du Conseil constitutionnel.

(1) Le Conseil constitutionnel est tout d'abord chargé de juger le *contentieux électoral* ou, plus largement, le contentieux des votations politiques.

Cela signifie que les réclamations contre les élections des députés et des sénateurs sont portées devant lui sur requête des candidats ou des électeurs afin de faire sanctionner des irrégularités au cours de la campagne électorale ou lors du déroulement du scrutin ; il peut aussi être saisi en appel d'un jugement de tribunal administratif statuant sur l'éligibilité d'un candidat, à l'occasion de la contestation de l'élection de ce candidat. Ces requêtes peuvent aboutir à l'annulation de l'élection et donc à l'organisation de nouvelles élections. En fait, si les contestations sont très nombreuses (617 de 1958 à 1985), il y a très peu d'annulations prononcées par le juge constitutionnel (29 pour l'élection de députés et 1 pour l'élection des sénateurs pour la même période). Il n'empêche que ce contrôle a eu un double effet positif : d'une part, il a mis fin au système traditionnel, et très contesté, de la « vérification des pouvoirs » (c'est-à-dire de la régularité des élections) des députés et des sénateurs par les assemblées elles-mêmes, pratique qui sous les III^e et IV^e Républiques, avait souvent donné lieu à des abus ; par ailleurs, l'action du Conseil constitutionnel a contribué de manière décisive à moraliser les élections législatives ²⁵.

Le juge constitutionnel a pour charge également de veiller à la régularité de l'élection du président de la République, sa compétence étant ici plus large que dans le cas précédent car il intervient à la fois dans la préparation de l'élection, le déroulement des opérations électorales et la proclamation des résultats. Son action, à propos des cinq élections présidentielles qui ont eu lieu depuis 1958 (déc. 1958, déc. 1965, juin 1969, mai 1974, et mai 1981), a largement contribué à rendre incontestable le verdict de l'électorat, et les recommandations qu'il a formulées à la suite de l'élection de 1974 ont

25. Voir pour plus de détails, L. FAVOREU et L. PHILIP, *supra*, note 23, p. 44 s., et G.D. 3^e éd., n^{os} 1, 2, 3, 5, 17, 22 et 31.

conduit à améliorer le système de présentation des candidatures par les lois organique et constitutionnelle du 18 juin 1976.

Enfin, « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats. » (Constitution, article 60) En fait, le Conseil est tout d'abord consulté sur tous les textes relatifs à l'organisation du référendum ; il veille ensuite à la régularité de la campagne électorale ; et enfin il examine et tranche toutes les réclamations pouvant être formulées à l'issue du scrutin. En ce domaine également, même s'il n'y a pas eu annulation des consultations référendaires, le rôle du Conseil constitutionnel a été important à propos des cinq référendums organisés jusqu'ici (8 janvier 1961, 8 avril 1962, 28 octobre 1962, 27 avril 1969 et 23 avril 1972). Cependant, l'absence de recours au référendum depuis treize ans rend moins évidente l'importance de cette fonction du Conseil constitutionnel.

En définitive, dans un pays comme la France, qui ne connaissait que des modes non juridictionnels de résolution des litiges électoraux, l'intervention du Conseil constitutionnel a été un progrès incontestable, admis par tous et de nature à pacifier la vie politique.

(2) *Le contentieux des relations entre les pouvoirs publics nationaux* n'est pas expressément dévolu au Conseil constitutionnel comme c'est le cas en Allemagne fédérale ou en Italie où existent des procédures permettant de saisir la Cour constitutionnelle au cas de litiges entre gouvernement et parlement par exemple²⁶ ; mais, indirectement, par le biais d'autres procédures, le juge constitutionnel assure en fait cette fonction.

Tout d'abord, en assurant le contrôle de la répartition des compétences normatives et budgétaires entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif, au titre des articles 34 et 37 de la Constitution (voir *infra*), le Conseil constitutionnel fait respecter l'équilibre voulu par les constituants entre parlement et gouvernement et veille ainsi à l'application du système « parlementaire rationalisé », à laquelle concourt également le contrôle exercé sur la conformité à la Constitution des règlements d'assemblées parlementaires prévus de manière obligatoire par l'article 61 alinéa 1^{er} de la Constitution, ainsi que, dans une certaine mesure, le contrôle obligatoire des lois organiques prévu par le même texte. Et effectivement, le juge constitutionnel a joué son rôle en empêchant que le Parlement — comme il le faisait sans limites sous la III^e et IV^e Républiques — ne sorte de son domaine et ne méconnaisse le principe de la séparation des pouvoirs²⁷.

26. Voir L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF (à paraître).

27. Voir notre étude, L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP* 1967, p. 5-105.

Cette régulation du fonctionnement des pouvoirs publics²⁸ a été cependant loin d'être systématiquement défavorable aux droits du Parlement.

On peut noter aussi que le juge constitutionnel intervient dans des circonstances exceptionnelles pour garantir le bon fonctionnement des pouvoirs publics, notamment en évitant qu'il n'y ait de vacance du pouvoir (par exemple lorsqu'en vertu de l'article 7 de la Constitution il constate l'empêchement, le décès ou la démission du président de la République et permet le déclenchement du processus électoral de désignation du successeur²⁹) ou en veillant à ce que, l'équilibre normal des pouvoirs étant exceptionnellement modifié du fait de circonstances graves, la Constitution soit respectée (intervention du Conseil constitutionnel au cas d'application de l'article 16 de la Constitution autorisant le chef de l'État à cumuler les pouvoirs de manière temporaire pour faire face à une crise grave³⁰).

Enfin, le contrôle de la constitutionnalité des lois ordinaires (voir *infra*) contribue de plus en plus à faire respecter les différents équilibres et attributions voulus par la Constitution. Ceci est valable, non seulement pour les rapports entre le gouvernement et le Parlement, mais même en ce qui concerne la répartition des compétences entre les Chambres du Parlement, ou bien, et de plus en plus, l'équilibre entre majorité et opposition, l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel à la minorité parlementaire réalisé en 1974 ayant d'ailleurs été conçu et présenté par son initiateur, le président de la République V. Giscard d'Estaing, comme un élément du statut de l'opposition.

(3) *Le respect de l'équilibre entre l'État et les collectivités composantes* ne se pose pas évidemment de la même manière dans un État unitaire comme la France et dans des États fédéraux comme les États-Unis, le Canada ou l'Allemagne de l'Ouest, ou quasi fédéraux comme l'Italie ou l'Espagne. Toutefois, et surtout depuis la réforme de la décentralisation entamée en 1982, le Conseil constitutionnel est appelé à jouer un rôle de plus en plus grand dans le maintien de l'équilibre voulu par la Constitution entre l'État et les collectivités territoriales.

Certes, il n'existe pas en France la dualité de sources normatives — sources nationales et sources locales — que connaissent les États fédéraux ou quasi fédéraux, et ceci même pour les collectivités territoriales les plus périphériques ou marginales comme les territoires d'outre-mer. Par ailleurs, il n'y a pas, comme en Allemagne ou en Italie ou même en Espagne, de

28. Voir G. KNAUB, « Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'État », *RD* 1983, n° 5, p. 1149-1169.

29. Voir CC 3 avril 1974, *Déclaration de vacance*, G.D. 3^e éd., n° 25, p. 291.

30. Voir CC 23 avril 1961, *Application de l'article 16*, G.D. 3^e éd., n° 12, p. 127.

mécanismes spécifiques permettant au juge constitutionnel de connaître d'un contentieux particulier des relations entre État et collectivités composantes. Néanmoins, le Conseil constitutionnel remplit une fonction essentielle dans la mesure où la répartition des compétences et donc l'équilibre entre l'État et les collectivités territoriales étant définis non par le pouvoir constituant (comme dans les États fédéraux ou quasi fédéraux) mais exclusivement par les pouvoirs normatifs nationaux, c'est-à-dire le Parlement et le gouvernement centraux, la définition normative du partage de compétences est assez largement soumise à son contrôle.

Et de ce point de vue, l'influence du Conseil constitutionnel s'est exercée de deux manières : d'une part, en élargissant le domaine de la loi en matière de collectivités territoriales par le biais de la procédure de « délégalisation » (voir *infra*), ce qui a permis au législateur d'intervenir de manière prépondérante pour définir les règles applicables à celles-ci et en limitant donc corrélativement la compétence du pouvoir réglementaire peu favorable à l'autonomie locale³¹; et d'autre part, en veillant à ce que le législateur respecte tantôt l'autonomie locale inscrite au Titre XI de la Constitution et aux articles 72 à 76, tantôt la prééminence et l'indivisibilité de l'État inscrites à l'article 2 de la Constitution mais aussi à l'article 72 alinéa 3³².

(4) *Le contrôle de l'entrée des normes internationales dans l'ordre juridique interne.*

La Constitution consacre le principe de la primauté du droit international sur le droit interne. Mais, les rédacteurs du projet de constitution et notamment Michel Debré, ont introduit un mécanisme destiné à éviter une entrée trop facile des normes internationales, et notamment des normes communautaires européennes, dans l'ordre juridique interne : aux termes de l'article 54 de la Constitution, tout engagement international soumis à ratification ou approbation peut être déféré au Conseil constitutionnel par l'une des quatre hautes autorités (président de la République, premier ministre, président de l'Assemblée nationale ou du Sénat), afin de faire vérifier par le juge constitutionnel la conformité d'une ou plusieurs de ses clauses à la Constitution ; et au cas où la non-conformité est constatée, l'engagement international ne peut être ratifié avant que la Constitution n'ait été révisée. Autant dire que, compte tenu de la difficulté de procéder à la révision de la Constitution, il y a peu de chances que l'engagement international soit ratifié ; sauf si existe un consensus suffisant pour lever l'obstacle en modifiant la Constitution.

31. Voir en ce sens notre commentaire de la décision du CC du 19 novembre 1975, *RDP* 1976, n° 1, p. 226 s.

32. Voir notre chronique, « Décentralisation et Constitution », *RDP* 1982, n° 5, p. 1259 relative aux décisions du CC du 25 février 1982. Voir aussi G.D. 3^e éd., n° 39.

La procédure a joué deux fois depuis 1959 : une fois à l'initiative du premier ministre³³ et une fois à celle du président de la République³⁴. La réforme de 1974 n'avait pas élargi le droit de saisine à la minorité parlementaire. Mais le Conseil constitutionnel a « corrigé » cette lacune en acceptant que 60 députés ou 60 sénateurs le saisissent de la loi autorisant la ratification du traité³⁵, ce qui revient au même car le juge constitutionnel acceptera d'examiner non seulement la conformité de la loi mais celle du traité. Jusqu'ici, cependant, le Conseil constitutionnel n'a pas conclu à la non-conformité d'une clause d'un engagement international, mais nul doute que la perspective d'une saisine du Conseil constitutionnel peut avoir un effet dissuasif et cela d'autant plus que le juge constitutionnel a donné une interprétation stricte du principe de la souveraineté nationale dans les deux premières affaires jugées (notamment dans la deuxième).

2.2. Le contrôle de la constitutionnalité des lois

C'est désormais l'activité essentielle du juge constitutionnel en France et l'on peut considérer qu'avec la Cour constitutionnelle italienne, le Conseil constitutionnel est la juridiction qui se consacre le plus complètement à cette activité : en effet, les cours allemande et espagnole, par exemple, sont essentiellement occupées à trancher des litiges mettant en cause la constitutionnalité d'actes administratifs ou juridictionnels mais non de lois.

Le système français de contrôle de constitutionnalité des lois se caractérise par les traits suivants : c'est un contrôle abstrait de type préventif (exceptionnellement *a posteriori*) qui exclut totalement l'intervention du juge ordinaire soit en tant que juge de la constitutionnalité (système américain), soit en tant que « déclencheur » du contrôle de constitutionnalité exercé par une cour constitutionnelle (système italien et aussi allemand, autrichien ou espagnol) et qui ne concerne que les lois nationales ou les traités. Autant dire que les questions soumises au juge constitutionnel français sont presque toujours de « grandes » questions et que celui-ci ne traite donc pas généralement de ce que l'on a pu appeler, à propos des jurisprudences constitutionnelles allemande et italienne, la « microconstitutionnalité »³⁶. Ce qui renforce

33. 19 juin 1970, *Traité des communautés européennes*, G.D. 1^{re} éd., n° 23 ; D. RUZIE, JCP 1970, I.2324.

34. 30 décembre 1976, *Assemblée européenne*, G.D. 3^e éd., n° 28, p. 339.

35. CC 17 juillet 1980, *Convention d'entraide judiciaire franco-allemande*, RDP 1980, p. 1640, observ. L. FAVOREU.

36. Selon l'expression utilisée par le professeur G. ZAGREBELSKY pour l'Italie et Michel FROMONT pour l'Allemagne, lors de la Table ronde internationale sur le « Contrôle juridictionnel des lois. Légitimité et techniques juridictionnelles » (Aix-en-Provence, 25 octobre 1984).

le poids des quelques 300 décisions rendues en vingt-six ans d'activité par le Conseil constitutionnel.

Le contrôle s'exerce normalement *a priori* ; mais il peut, avec une portée réduite il est vrai, s'exercer aussi *a posteriori*.

2.2.1. Le contrôle préventif

Il convient de préciser quels sont les actes susceptibles de contrôle, les titulaires du droit de saisine, les délais, les moyens invocables, le contenu et les effets de la décision du juge constitutionnel.

(a) *Les actes* susceptibles de faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel sont, outre les règlements d'assemblée et les traités (voir *supra*), les lois organiques et les lois ordinaires.

Il s'agit exclusivement des lois votées par le Parlement national. Car, en France, même les actes des assemblées régionales ne sont pas des actes législatifs mais des actes administratifs qui, comme tels, relèvent du juge administratif (tribunaux administratifs et Conseil d'État) et non du juge constitutionnel. Ces lois peuvent être soit des lois organiques soit des lois ordinaires. Parmi ces dernières, on peut distinguer plusieurs variétés (lois de finances, lois d'orientation, lois de ratification de traités, lois d'habilitation) mais elles sont toutes susceptibles de recours devant le Conseil constitutionnel.

Normalement, un décret ne peut être attaqué devant le juge constitutionnel. Toutefois, celui-ci a déclaré admissible un tel recours en 1981, mais uniquement parce qu'il s'agissait d'un décret de convocation des électeurs après la dissolution de l'Assemblée nationale et le Conseil constitutionnel ayant compétence pour veiller à la régularité de l'élection des députés, il a estimé qu'il fallait examiner la constitutionnalité d'un texte qui risquait de vicier l'ensemble des élections³⁷. En revanche, dans un cas où il n'y avait pas de justification à sa compétence, il a déclaré le recours irrecevable³⁸. On sait, cependant, qu'en droit français il est possible de faire un recours en annulation contre un décret devant le Conseil d'État et que les plaignants trouveront donc un juge. En fait, dans le premier cas, c'est parce que le Conseil d'État avait décliné sa compétence que le Conseil constitutionnel a admis la sienne.

(b) *Les titulaires du droit de saisine* sont exclusivement des autorités politiques, ni les individus ni les juridictions n'ayant la possibilité de déclencher le contrôle.

37. 11 juin 1981, arrêt *Delmas*, obs. L. FAVOREU, *RDP* 1981, p. 1347.

38. 20 avril 1982, arrêt *Bernard*, obs. L. FAVOREU, *RDP* 1983, p. 349 ; *Dalloz* 1982, p. 489.

Les lois organiques doivent être traitées à part car, pour elles, le contrôle est obligatoire : toutes les lois organiques, selon l'article 46 de la Constitution, sont soumises au contrôle du Conseil constitutionnel par le premier ministre qui a, en ce domaine, compétence liée. Le Conseil constitutionnel a rendu 43 décisions sur contrôle des lois organiques.

En ce qui concerne *les lois ordinaires*, les autorités de saisine étaient seulement quatre à l'origine : le président de la République, le premier ministre, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat. En fait, ces autorités ont très peu saisi le Conseil constitutionnel³⁹ et le développement du contrôle de constitutionnalité des lois aurait été très faible si l'on en était resté à ce système (encore que le président du Sénat, à deux reprises, en 1971 et 1973, avait par ses saisines provoqué des décisions très importantes). L'attribution du droit de saisine à la minorité parlementaire par la réforme de 1974 sera décisive.

Les requêtes, pour lesquelles aucune forme particulière n'est exigée, doivent être signées par au moins soixante députés ou soixante sénateurs. Ces députés ou sénateurs pouvant appartenir à des tendances ou à des partis politiques différents, ou à un seul parti, le droit de saisine ne peut s'exercer que collectivement (toute requête individuelle de député ou sénateur étant déclarée irrecevable) mais tout parlementaire a le droit de se joindre à une saisine. Généralement, toutefois, les saisines sont le fait d'un groupe parlementaire, du moins à l'Assemblée où les principaux groupes parlementaires dépassent l'effectif de soixante (ce qui n'est pas le cas, il est vrai, à l'heure actuelle, du groupe communiste). Les saisines sont normalement le fait de l'opposition : avant mai 1981, des socialistes et des communistes ; après cette date, des gaullistes et des députés de l'UDF. Toutefois, alors qu'avant l'alternance il y a eu des cas de saisines effectuées par des parlementaires de la majorité (la « minorité de la majorité », comme par exemple en 1974 pour la loi sur l'avortement), cela ne s'est pas reproduit depuis que la gauche est au pouvoir. On peut remarquer aussi que si les saisines ont été globalement très nombreuses (138 en dix ans, soit 14 fois plus qu'au cours des quinze premières années), elles ont vu leur rythme doubler depuis que la droite est dans l'opposition (62 saisines de décembre 1974 à mai 1981, et 76 de juin 1981 à mars 1985).

(c) *Le moment* de la saisine est précisé par les textes : la Constitution dispose que le Conseil constitutionnel est saisi des lois organiques et des lois ordinaires « avant leur promulgation », et des traités et engagements internationaux avant leur ratification ou approbation (solution implicite).

39. 15 fois au total, de 1959 à 1985 : président de la République : 0 ; premier ministre : 8 ; président de l'Assemblée nationale : 2 ; président du Sénat : 5.

Ainsi donc, même si le délai de saisine n'est pas expressément prévu, il apparaît que celle-ci doit avoir lieu après le vote de la loi et avant sa promulgation, c'est-à-dire dans un délai maximum de quinze jours, délai dans lequel le président de la République doit promulguer une loi. Le problème est qu'il n'y a pas de délai minimum : en effet, la promulgation peut avoir lieu dans le jour qui suit le vote de la loi, voire même dans l'heure qui suit. Jusqu'ici, cependant, il n'y a jamais eu de problème, le chef de l'État retardant la promulgation lorsqu'il sait qu'il y aura saisine.

Après la promulgation, en effet, il est trop tard et le juge constitutionnel refuse de statuer, même de manière indirecte, sur la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée : ainsi, les députés socialistes ayant voulu, à l'occasion d'un recours contre une loi du 7 juillet 1978 relative à la radiodiffusion et à la télévision, contester la régularité de lois antérieures ayant le même objet, le Conseil constitutionnel leur répond que « la conformité à la Constitution de ces lois ne peut être mise en cause, même par voie d'exceptions, devant le Conseil constitutionnel dont la compétence est limitée par l'article 61 de la Constitution à l'examen des lois avant leur promulgation »⁴⁰. Toutefois, dans une très récente décision⁴¹, le Conseil constitutionnel semble avoir ouvert la porte à une évolution, en affirmant que « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ». Cette « ouverture » est pleine de promesses.

(d) *Les normes de référence*, c'est-à-dire les normes ou règles par rapport auxquelles s'effectue le contrôle de constitutionnalité des lois, sont d'abord celles qui sont contenues dans la Constitution. Mais, comme les constitutions de la III^e et de la IV^e République, la Constitution française de 1958 contient surtout des dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics, et très peu de règles relatives aux droits et libertés fondamentaux. Et si le juge constitutionnel s'était tenu à ce texte, le contrôle de constitutionnalité se serait peu développé.

Mais en 1970-73, le Conseil constitutionnel a, en quatre décisions⁴², réalisé une véritable révolution en reconnaissant force juridique au préambule

40. 27 juillet 1978, *Monopole de la radio et de la télévision*, G.D. 3^e éd., n° 32, p. 402.

41. 84-183 DC, 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle Calédonie*, Journal officiel (désormais cité : J.O.), 26/1/1985, p. 1137.

42. 70-39 DC, 19 juin 1970, *Traité des Communautés européennes*, G.D. 1^{re} éd., n° 23 ; 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, G.D. 3^e éd., n° 20, p. 222 ; 28 novembre 1973, *Peines privatives de liberté*, G.D. 3^e éd., n° 23, p. 261 ; 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, G.D. 3^e éd., n° 24, p. 274.

de la Constitution⁴³, et par là même à une série de textes et principes fondamentaux consacrés par la tradition républicaine. En effet, ont ainsi d'un coup reçu valeur de droit positif :

— *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789*. Jusque-là, ce texte était surtout considéré comme une source d'inspiration permettant au Conseil d'État de dégager les « principes généraux du droit ». Invoqué pour la première fois expressément dans la décision du 27 décembre 1973, le moyen tiré de la violation par le législateur de la Déclaration de 1789 est non seulement examiné par le Conseil constitutionnel mais encore retenu au fond pour justifier l'annulation de la disposition législative attaquée. Depuis lors, il a été maintes fois invoqué et plusieurs fois retenu, notamment dans l'affaire des nationalisations où le Conseil constitutionnel a, dans une décision capitale⁴⁴, estimé d'une part que l'ensemble des dispositions de la Déclaration des droits avait valeur de droit positif⁴⁵, et d'autre part que la Déclaration était au cœur même de notre ordonnancement juridique, lequel, de ce fait, doit être considéré comme celui d'une société libérale (et non socialiste ou marxiste).

— *Le préambule de la Constitution de 1946* est également devenu un texte de droit positif, appliqué comme tel pour la première fois dans la décision du 15 janvier 1975 et régulièrement appliqué depuis. Ce préambule contient deux éléments : d'une part le renvoi aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (voir *infra*) ; et d'autre part l'énumération dans une dizaine d'alinéas de nouveaux droits ou principes habituellement désignés sous le vocable de « *principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps* » et parmi lesquels on compte le droit à la santé, le droit au logement, le droit de grève, etc.

— *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ont été pour la première fois considérés comme des normes constitutionnelles dans la décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association⁴⁶. Le Conseil constitutionnel les tire des grandes lois libérales de la République —

43. Le préambule est ainsi rédigé « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la *Déclaration de 1789*, confirmée et complétée par le *préambule de la Constitution de 1946* ». (C'est nous qui soulignons)

44. 16 janvier 1982, *Loi de nationalisations*, G.D. 3^e éd., n° 38.

45. Certains auteurs, en effet, estimaient que seuls certains articles de la Déclaration avaient valeur de droit positif et que d'autres, en revanche, comme le droit de propriété, ne s'imposaient pas au législateur. (Voir en ce sens, L. PHILIP, « La valeur juridique de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Kayser*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, t. 2, p. 317.

46. G.D. 3^e éd., n° 20.

particulièrement de la III^e République — qui ont consacré un certain nombre de grands principes : liberté d'association, liberté syndicale, liberté de réunion, etc. Très souvent invoqués par les parlementaires requérants, ils ont connu une dizaine d'applications par le Conseil constitutionnel qui tend cependant, aujourd'hui, à les utiliser avec prudence, préférant s'appuyer sur des textes et notamment la Déclaration des droits de l'Homme. Comme exemples, on peut citer la liberté d'association, principe tiré de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur le contrat d'association, l'indépendance de la juridiction administrative, tiré de la loi du 24 mai 1872⁴⁷, l'indépendance des professeurs d'université, tiré des lois de 1850 et de 1879⁴⁸.

L'ensemble formé par la Constitution, la Déclaration des droits de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République constitue ce que l'on a coutume d'appeler aujourd'hui « le bloc de constitutionnalité »⁴⁹ et que le Conseil constitutionnel désigne habituellement par le terme générique de « principes ou règles à valeur constitutionnelle ».

(e) *Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur contrôle de constitutionnalité des lois* peuvent être rangées en trois catégories : les décisions d'annulation, de rejet et de conformité sous réserve.

— *Les décisions d'annulation* sont, en principe, celles pour lesquelles s'applique sans difficultés l'autorité absolue de chose jugée prévue par l'article 62 de la Constitution. Ceci se vérifie, en effet, pour les décisions d'annulation totale de la loi — assez rares jusqu'ici⁵⁰ — ainsi que pour les décisions d'annulation partielle portant sur des dispositions législatives facilement identifiables et détachables ; et même aussi lorsqu'il y a inséparabilité entre les dispositions annulées et d'autres dispositions annexes et que le Conseil constitutionnel prononce l'annulation de l'ensemble par amalgame⁵¹. Dans tous ces cas, les pouvoirs publics appliquent sans discussion la décision : le président de la République ne promulgue pas la loi ou bien la promulgue amputée des dispositions annulées, le gouvernement refait le projet de loi en tenant compte des objections du juge constitutionnel⁵² ou

47. 22 juillet 1980, G.D. 3^e éd., n° 36.

48. 20 janvier 1984, RDP 1984, n° 3.

49. Selon l'expression que j'avais proposée en 1974 (*in* « Le principe de constitutionnalité », *Mélanges Eisenmann* Paris, Cujas, 1975, p. 33) à partir de la notion de « bloc de légalité » utilisée en droit administratif.

50. Il y en a eu 6 depuis 1959.

51. Voir par exemple, la décision du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, *supra*, note 42.

52. Hypothèses de l'affaire des nationalisations (16 janvier 1982, *supra*, note 44) et de l'affaire du statut des départements d'outre-mer, 2 décembre 1982, RDP 1983, n° 2, p. 333 ; *Rev. Adm.* 1983, p. 620.

bien propose au Parlement une loi complétant la première ; et le Parlement vote les projets remaniés ou les nouvelles lois qui lui sont proposées. Parfois, cependant, il y a difficulté : notamment lorsque la portée de la décision d'annulation n'est pas nettement définie et que l'on peut s'interroger sur les mesures à prendre ⁵³.

Dans l'ensemble, cependant, on peut dire que les décisions d'annulation — une quarantaine au total en vingt-six ans — ont toujours été strictement exécutées par les pouvoirs publics. Quant aux autorités administratives ou juridictionnelles, elles ne sont pas en principe concernées, du moins directement, par les conséquences de décisions d'annulation.

— *Les décisions de rejet* s'analysent soit en décisions de rejet pour irrecevabilité soit en décisions de conformité. Les premières, assez rares ⁵⁴, n'appellent pas de commentaires particuliers ; les secondes, prises après qu'aient été écartés au fond les griefs d'inconstitutionnalité, délivrent en quelque sorte un brevet de conformité à la loi qui, dès lors, pourra être promulguée.

— *Les décisions de conformité sous réserve* auraient pu être des décisions d'annulation ; mais le Conseil constitutionnel, de plus en plus fréquemment, et suivant en cela ses homologues allemand et italien, préfère rendre les dispositions attaquées conformes à la Constitution par une interprétation constructive, neutralisante ou directive.

Dans les décisions de conformité *sous réserve d'interprétation constructive* — qui ressemble aux sentences additives italiennes — le juge constitutionnel ajoute au texte ce qui lui manque pour être conforme, sous couleur de l'interpréter : dans un examen professionnel de fonctionnaires, le droit du jury de consulter les dossiers de certains candidats devient l'obligation de consulter tous les dossiers (15 juillet 1976) ; en matière de contrôle d'identité la faculté pour la personne retenue dans un local de police d'avertir le procureur, devient le *droit* de saisir le procureur (19-20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*) ; au cas de prolongation de la garde à vue de 24 h, le magistrat qui prend la décision se voit imposer l'obligation de consulter le dossier du prévenu, obligation non inscrite dans le texte (même décision).

Les décisions de conformité *sous réserve d'interprétation neutralisante* ont pour effet de gommer l'effet nocif de certaines dispositions en affirmant qu'elles n'ont pas la signification qui semble découler du texte ou qu'elles

53. Hypothèse de l'affaire relative à la *Loi de décentralisation*, 25 février 1982, *supra*, note 32 : le gouvernement a été obligé de demander au Conseil constitutionnel comment exécuter sa décision.

54. Voir par exemple, CC 8 novembre 1976, *Prévention des accidents du travail*, RDP 1978, p. 817.

sont dépourvues d'effet juridique. Ainsi, au cas de grève dans les services publics de radio et de télévision, « si le législateur fait usage du terme "requérir", il résulte clairement [...] que la loi ne se réfère pas au droit de réquisition » (25 juillet 1979); s'agissant d'une loi qui entend imposer des obligations au législateur futur en matière de planification, il est bien évident que « ces dispositions sont dépourvues de tout effet juridique » (82-142 DC, 27 juillet 1982).

Les décisions de conformité *sous réserve d'interprétation directive* ont pour objet de tracer une ligne de conduite à ceux qui auront à appliquer la loi déclarée conforme sous réserve, et notamment aux tribunaux: ainsi, à propos des précautions à prendre en matière de contrôle d'identité, le Conseil constitutionnel précise qu'« il appartiendra aux autorités judiciaires et administratives de veiller à leur respect intégral ainsi qu'aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises [...] » (19-20 janvier 1981); dans l'affaire des nationalisations, la commission administrative chargée de l'évaluation des indemnités se voit fixer une démarche à suivre: « qu'il appartiendra, par exemple, à la commission de combiner et de retenir les rapports calculés pour celles des banques cotées qui, pour leurs caractéristiques économiques et financières objectives, se rapprochent le plus des banques non cotées et de procéder aux corrections nécessaires [...] » (11 février 1982); et l'on pourrait donner d'autres exemples pris notamment dans la décision du 10-11 octobre 1984 relative à la liberté de la presse.

Pour les décisions de conformité sous réserve, le problème est évidemment de savoir si les autorités administratives et juridictionnelles suivent les interprétations constructive, neutralisante ou directive du Conseil. En fait, comme cette technique est apparue récemment il est difficile de mesurer les effets de ces décisions. On peut citer cependant un arrêt de section du Conseil d'État déclarant, à propos d'un décret pris en application d'une loi ayant fait l'objet d'une décision de conformité sous réserve d'interprétation neutralisante (25 juillet 1979, citée plus haut) qu'il n'était pas établi que ce décret violait « les dispositions du paragraphe III de l'article 26 de la loi *tel qu'il doit être interprété à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel* »⁵⁵. On peut relever de même, bien qu'il ne s'agisse pas de la même loi, que la Cour de cassation dans un arrêt du 4 octobre 1984⁵⁶ a interprété les dispositions relatives aux contrôles d'identité dans le même esprit que le Conseil constitutionnel.

55. Conseil d'État, 1^{er} juillet 1983, Req. 20-838.

56. Cass. Crim. 4 octobre 1984, arrêt *Kandé*, *Dalloz* 1985, p. 54, conclusions Dontenwille. Dans le même sens et de manière encore plus nette, voir Cass. Crim. 25 avril 1985, arrêt *Bogdam*, à paraître au *Dalloz* 1985.

2.2.2. Le contrôle a posteriori

En principe, la constitutionnalité des lois ne peut être remise en cause une fois qu'elles ont été promulguées, ni devant le Conseil constitutionnel, ni devant les juridictions administratives ou judiciaires. Il y a toutefois une exception, limitée certes, mais incontestable, à ce principe : en vertu de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, les textes de forme législative peuvent être délégalisés en tout ou partie par le Conseil constitutionnel.

Cette compétence du Conseil constitutionnel est liée au système de répartition des compétences entre loi et règlement établi par les articles 34 et 37 de la Constitution : théoriquement, désormais, certaines matières sont réservées au législateur ; et les autres matières relèvent du pouvoir réglementaire ; ainsi, lorsque la loi a, par erreur, statué sur une matière réglementaire, le pouvoir réglementaire peut intervenir dans cette même matière par décret à condition d'avoir fait, au préalable, constater l'erreur commise par le législateur⁵⁷. C'est la procédure dite de délégalisation.⁵⁸

Cette procédure est déclenchée par le premier ministre qui saisit le Conseil constitutionnel d'un recours en délégalisation dirigé contre un « texte de forme législative » ou une partie de ce texte. Le « texte de forme législative » peut être une loi, mais aussi une ordonnance, c'est-à-dire un acte de force législative pris par l'exécutif soit en vertu de l'article 92 de la Constitution pendant la période transitoire de mise en place de la Constitution, soit par délégation du Parlement en vertu de l'article 38 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a seulement le pouvoir, dans ce cas, de relever l'erreur ou l'incompétence du législateur, c'est-à-dire de constater que la disposition législative n'est pas conforme à la répartition des compétences définie notamment par les articles 34 et 37 de la Constitution. Il ne peut, en aucun cas, sanctionner d'autres vices de forme ou des irrégularités de fond. Par ailleurs, au cas de constatation d'une méconnaissance des articles 34 et 37 de la Constitution, il ne prononce pas une annulation mais simplement un « déclassement » de la norme législative — une délégalisation — qui la rend modifiable par décret.

57. Art. 37 al. 2 de la Constitution : « Les textes de forme législative [...] qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. »

58. Cf. notre étude, « La délégalisation des textes de forme législative », *Mélanges Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, II, p. 429-450.

Ce contrôle ressemble au contrôle de la qualification des normes exercé par le Tribunal constitutionnel allemand⁵⁹. Mais il est beaucoup plus souvent utilisé que celui-ci et la jurisprudence qui a été élaborée à la suite de son utilisation depuis 1959, a eu une grande importance.

3. La jurisprudence constitutionnelle

Cette jurisprudence compte aujourd’hui plus d’un millier de décisions, rendues de 1958 à 1985 et se répartissant ainsi :

— Contentieux électoral (art. 58, 59 et 60 de la Constitution)	674
— Contrôle des règlements des assemblées parlementaires (art. 61 al. 1)	33
— Contrôle des propositions de lois et amendements (art. 41).....	11
— Contrôle des traités et engagements internationaux	2
— Contrôle des lois.....	288
• a priori (art. 61): 151	
• Lois organiques 43	
• Lois ordinaires 108	
• a posteriori (art. 37 al. 2): 137	
TOTAL	1008

Avant d’étudier les différents apports de cette jurisprudence, il convient de montrer comment elle a évolué.

3.1. Évolution et cohérence de la jurisprudence

On est tenté de distinguer deux périodes dans cette évolution ; mais, malgré les apparences, on découvre en elle une continuité et une cohérence certaines.

(1) Incontestablement, le début des années soixante-dix a marqué un grand tournant.

Jusque-là, le juge constitutionnel avait surtout pour tâche — conformément d’ailleurs aux intentions des constituants — de veiller à la régularité des élections et des référendums, et au respect, par le Parlement, des limites constitutionnelles dans l’élaboration des règlements de chacune des assemblées ainsi que des lois. De l’avis général, le Conseil constitutionnel s’est bien

59. Cf. J.C. BEGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Paris, Economica, 1982, p. 39.

acquitté de cette tâche, et contrairement aux prévisions, il l'a fait avec mesure, ne « brimant » pas le Parlement mais en essayant au contraire de lui reconnaître le maximum de compétences compte tenu des règles constitutionnelles.

À partir des décisions de 1970, 1971 et 1973 (voir *supra*) et de la réforme de 1974, la jurisprudence relative au contrôle de constitutionnalité des lois est devenue prééminente quantitativement et qualitativement : dans les années quatre-vingt, on ne parle plus beaucoup du contrôle des règlements d'assemblée et de la répartition des compétences entre loi et règlement, et assez peu de la jurisprudence électorale. L'attention est en revanche concentrée sur les « grandes décisions » qui se succèdent depuis 1971 et qui concernent surtout la protection des droits fondamentaux.

(2) Nombreux sont ceux qui ont « découvert » le Conseil constitutionnel et la justice constitutionnelle au début des années soixante-dix, ou qui estiment qu'avant 1971 la jurisprudence constitutionnelle est sinon négligeable du moins peu digne d'intérêt dans la mesure où le juge constitutionnel n'aurait montré son indépendance à l'égard des pouvoirs publics qu'après cette date.

Pour tout observateur sérieux ceci est inexact : l'analyse montre au contraire une continuité et une cohérence assez remarquables de la jurisprudence, que celle-ci soit intervenue avant ou après 1971. Cette opinion est confortée par divers travaux et notamment par une excellente étude américaine⁶⁰ qui montre par exemple la continuité de la jurisprudence en matière d'indépendance de la fonction juridictionnelle à travers des décisions s'échelonnant de 1961 à 1980 ou bien encore en matière de liberté d'association de 1959 à 1971⁶¹. Et comme le souligne justement Burt Neuborne dans cette étude, la première décision d'annulation d'une loi pour violation des règles de fond de la Constitution est intervenue, non en 1971, mais en 1967 à propos d'une loi organique relative au statut de la magistrature⁶².

3.2. Les principaux apports de la jurisprudence

Ces apports concernent les données fondamentales de notre droit, les institutions et les libertés et droits fondamentaux⁶³.

60. B. NEUBORNE, « Judicial review and separation of powers in France and the United States », (1982) 57 *New York University Law review* 363.

61. *Idem*, p. 399 s. et 390 s.

62. *Idem*, p. 401, à propos d'une décision 67-31 DC, 26 janvier 1967, *Recueil des décisions du CC*, p. 19. Voir sur cette jurisprudence, T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica et PUAM, Aix-en-Provence et Paris, 1984, p. 128 s.

63. Pour une étude plus détaillée, nous renverrons à nos articles : L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs* n° 13 (1980), p. 17 s. ; « Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-82 », *RDP*, 1983, n° 2, p. 333-400.

(1) *Les données fondamentales de notre droit s'enrichissent régulièrement de nouveaux apports.*

Tout d'abord la *théorie des sources* a subi une profonde modification. D'une part, en effet, la source constitutionnelle, jusque-là fort peu abondante, a été en quelque sorte « ravivée » par l'interprétation constructive du juge constitutionnel et a désormais une place importante dans les diverses branches du droit. D'autre part, la source législative, dont on disait au début de l'application de la Constitution que son importance diminuerait par rapport à la source réglementaire, a retrouvé l'essentiel de sa prééminence grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, en harmonie avec la jurisprudence du Conseil d'État, a élargi considérablement le domaine de la loi au détriment de celui du règlement lequel redevient accessoire. En sorte que, de plus en plus, se précise un paysage normatif à la fois différent de celui de la III^e et IV^e République, dans la mesure où la source constitutionnelle a une importance qu'elle n'avait pas avant 1958, et de celui que l'on avait cru pouvoir dessiner pour la V^e République, dans la mesure où la source législative a reconquis une place éminente par rapport à la source réglementaire.

Le principe de constitutionnalité, c'est-à-dire le principe selon lequel toute autorité est soumise à la règle de droit (et notamment à la Constitution) s'est progressivement affirmé. Grâce à l'action et à la jurisprudence du Conseil d'État, le gouvernement et l'administration étaient déjà tenus, depuis longtemps, de se conformer au droit ; mais en vertu d'une longue tradition, consacrée par le droit public français classique, le législateur était théoriquement tenu de respecter la Constitution mais ne l'était pas en fait, faute de sanction. Du fait du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, le législateur est aujourd'hui, lui aussi, soumis au respect de la règle de droit ainsi que l'a confirmé solennellement le juge constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982⁶⁴ : le fait que l'article 34 lui attribue compétence « *ne saurait dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État* ». Ceci étant acquis, on peut dire comme l'a fait le président de la République en 1977 que la réalisation de l'État de droit est ainsi achevée⁶⁵.

La hiérarchie des normes a été considérablement enrichie et compliquée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Tout d'abord, dans l'édifice

64. *Supra*, note 44.

65. Allocution prononcée au Conseil constitutionnel par M. Valéry Giscard d'Estaing, le 8 novembre 1977, in D. MAUS, *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la V^e République*, 2^e éd., Paris, La Documentation française, p. 640.

normatif, le niveau constitutionnel est devenu d'une part le niveau fondamental soutenant tous les autres ; d'autre part, il s'est brusquement diversifié à tel point que l'on se demande aujourd'hui s'il ne faut pas établir une hiérarchie — comme en Allemagne fédérale — entre les normes constitutionnelles elles-mêmes et distinguer un niveau supra-constitutionnel⁶⁶. Ensuite, entre les niveaux constitutionnel et législatif, il convient sans doute d'insérer la loi organique qui peut conditionner la validité de la loi ordinaire, mais non les règlements des assemblées parlementaires⁶⁷. En revanche, l'incertitude subsiste quant à la place exacte des normes internationales issues du droit international conventionnel ou du droit international général, car sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas encore très fermement établie⁶⁸.

(2) En ce qui concerne les *institutions politiques, administratives et juridictionnelles*, les décisions du Conseil constitutionnel ont progressivement précisé les dispositions constitutionnelles applicables ou fait apparaître les dimensions constitutionnelles jusque-là peu évidentes dans tel ou tel secteur.

En matière de constitution et de fonctionnement des assemblées parlementaires, de rapports entre le gouvernement et le Parlement ou entre le Parlement et le président de la République, il est désormais de plus en plus nécessaire de prendre en compte la jurisprudence constitutionnelle, qui jusqu'alors — et à la différence des pays où existe depuis longtemps une justice constitutionnelle — était pratiquement ignorée dans les enseignements de droit constitutionnel.

S'agissant des institutions administratives, il y a eu un apport majeur de la jurisprudence constitutionnelle à propos des collectivités territoriales et de leur réforme. En effet, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a contribué à révéler leur statut constitutionnel dans l'État et à définir les limites de la décentralisation. Elle a par ailleurs fait apparaître l'uniformité du schéma institutionnel commun aux trois niveaux de collectivités territoriales, uniformité qui semble imposée par le principe constitutionnel d'égalité.

Quant aux institutions juridictionnelles, leur statut constitutionnel dans l'État a été également affirmé en même temps que la valeur constitutionnelle du principe de l'indépendance de la fonction juridictionnelle⁶⁹.

66. Voir en ce sens, L. FAVOREU, *RDP* 1982, p. 402 et 407 ; *RDP* 1983, p. 361 ; S. RIALS, « Les incertitudes de la notion de Constitution », *RDP*, 1984, p. 601.

67. Voir G.D. 3^e éd., p. 47.

68. Cf. L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *Annuaire français de droit international*, 1977, p. 95-125.

69. Voir T. RENOUX, *supra*, note 62.

(3) Mais les progrès les plus spectaculaires ont été réalisés en matière de protection des *libertés et droits fondamentaux* : quel contraste entre le tableau qui pouvait être dressé en 1974⁷⁰ et celui que l'on peut faire aujourd'hui !

(a) *Le principe d'égalité*, pierre angulaire des libertés et droits fondamentaux, a été consacré pour la première fois dans la décision *Taxation d'office* du 27 décembre 1973⁷¹ ; depuis, il a été appliqué une quarantaine de fois par le juge⁷² et a provoqué une dizaine de décisions d'annulation de dispositions législatives⁷³. Sa violation est désormais invoquée dans presque tous les recours, comme c'est le cas devant les cours constitutionnelles autrichienne et italienne depuis plusieurs années⁷⁴.

Jusqu'ici le Conseil constitutionnel a adopté une attitude prudente car l'admission trop libérale de ce moyen d'annulation conduirait à limiter sérieusement la liberté d'action du législateur et à empiéter sur son pouvoir discrétionnaire. Le juge constitutionnel avait le choix entre sanctionner seulement les discriminations explicitement ou implicitement interdites par des dispositions et principes à valeur constitutionnelle, ou bien considérer comme inconstitutionnelles toutes les discriminations jugées par lui injustifiées, sans invoquer de disposition ou de principe précis. Apparemment, c'est la seconde attitude qui a été adoptée à partir de 1979 avec la formule générale : « à situations semblables, règles semblables ; à situations différentes, règles différentes » ; mais, en réalité, on constate que dans neuf des dix cas d'annulation pour violation du principe d'égalité, il y a condamnation d'une discrimination interdite par une disposition ou un principe de valeur constitutionnelle déterminé : dans sept cas, il y a violation du principe d'égalité devant la justice, dans un cas violation de l'article 3 de la Constitution et dans un autre, violation de l'article 6 de la Déclaration des droits.

70. F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens », *Mélanges Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, II., p. 563-574.

71. G.D. 3^e éd., n° 24, p. 274.

72. Pour un examen rapide de ces cas, cf. G.D. 3^e éd., p. 283-286.

73. 23 juillet 1975, *Juge unique*, RDP 1975, p. 1313 ; 17 janvier 1979, *Conseils de prud'hommes*, RDP 1979, p. 1689 ; 19-20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, G.D. 3^e éd., n° 37 ; 16 janvier 1982, *Loi de nationalisations*, G.D. 3^e éd., n° 38 ; 27 juillet 1982, *Communication audiovisuelle*, RDP 1983, p. 333 ; 22 octobre 1982, *Irresponsabilité des syndicats*, RDP 1983, p. 333 ; 18 novembre 1982, *Quotas par sexe*, RDP 1983, p. 333 ; 14 janvier 1983, *Troisième voie d'accès à l'E.N.A.*, RDP 1983, p. 333 ; 18 janvier 1985, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, J.O. 10/1/1985.

74. Voir T. OEHLINGER, in *Cours constitutionnelles...*, *supra*, note 4, p. 345 pour l'Autriche ; et G. ZAGREBELSKY, *idem*, p. 303, pour l'Italie.

Si l'on s'attache aux diverses formes du principe d'égalité, on constate qu'en dehors de l'égalité devant la justice, déjà évoquée, ont été consacrées l'égalité devant l'impôt ⁷⁵, les charges publiques ⁷⁶, l'électorat et l'éligibilité ⁷⁷, l'accès aux emplois publics ⁷⁸, le déroulement de la carrière des fonctionnaires ⁷⁹, l'enseignement ⁸⁰.

Le législateur doit respecter le principe d'égalité tant à l'égard des personnes physiques que des personnes morales, celles-ci pouvant être des personnes morales de droit privé (syndicats ⁸¹, sociétés ⁸²) ou même de droit public (établissements publics ⁸³ ou collectivités territoriales ⁸⁴). C'est normalement un droit du citoyen, et les étrangers ne peuvent invoquer l'égalité en matière d'électorat et d'éligibilité, de charges publiques, d'accès aux emplois publics ; la question pourrait se poser en revanche pour l'égal accès à la justice.

(b) La liste des libertés classiques constitutionnellement protégées s'allonge chaque année.

On relèvera d'abord les libertés d'association ⁸⁵, de l'enseignement et de conscience ⁸⁶, d'expression ⁸⁷, de communication ⁸⁸, de la presse ⁸⁹, avec, pour ces dernières, les « objectifs de valeur constitutionnelle » que sont la sauvegarde de l'ordre public, la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression, la pluralité et la transparence des entreprises de presse.

La liberté individuelle (qui inclut le droit à la sûreté, l'inviolabilité du domicile et de la correspondance) a été consacrée à plusieurs reprises comme

75. 81-133 DC, 30 décembre 1981, *Loi de Finances pour 1982*, Rec. 41 ; RDP 1983 ; 81-135 DC, 31 décembre 1981, *3^e Loi de finances rectificative*, Rec. 48 ; RDP 1983, p. 333.

76. 12 juillet 1979, *Ponts à péage*, RDP 1981, p. 1691.

77. 18 novembre 1982, *Quotas par sexe*, *supra*, note 73.

78. 14 janvier 1983, *Troisième voie d'accès à l'E.N.A.*, *supra*, note 73.

79. *Idem*.

80. 84-185 DC, 18 janvier 1985, *Enseignement et collectivités territoriales*, J.O. 20/1/1985, p. 821.

81. 80-117 DC, 22 juillet 1980, *Protection matières nucléaires*, RDP 1980, p. 1652.

82. 16 janvier 1982, *Loi de nationalisations*, *supra*, note 73.

83. 79-112 DC, 9 janvier 1980, *Taxe professionnelle EDF*, RDP 1980, p. 1627.

84. 82-138 DC, 25 février 1982, *Statut de la Corse*, RDP 1982, p. 1259.

85. 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, G.D. 3^e éd., n° 20.

86. 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, G.D. 3^e éd., n° 30.

87. *Idem*.

88. 81-129 DC, 30-31 octobre 1981, *Radios libres*, RDP 1983 ; 27 juillet 1982, *Communication audiovisuelle*, *supra*, note 73.

89. 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, J.O. 13/10/84, p. 3200.

liberté fondamentale⁹⁰, avec ses corollaires la liberté d'aller et venir⁹¹ et le droit au secret de la vie privée⁹². On peut y ajouter le droit d'asile⁹³.

Parmi les droits civiques, le droit de tout citoyen à l'électorat, c'est-à-dire d'être électeur, ainsi que le droit à l'éligibilité, c'est-à-dire d'être candidat à des élections, ont été reconnus comme droits constitutionnellement protégés qu'il s'agisse d'élections nationales ou d'élections locales⁹⁴.

Ont reçu également cette consécration le droit d'agir en justice⁹⁵, les droits de la défense même en matière non pénale⁹⁶ et le principe de non-rétroactivité des lois prévoyant des sanctions même non pénales⁹⁷.

Enfin, on ne manquera pas d'indiquer la retentissante consécration du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre dans l'affaire des nationalisations⁹⁸.

(c) Sont évidemment à rapprocher des libertés classiques, les principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure pénale dont le statut constitutionnel s'affirme progressivement (voir G.D., 3^e éd., n° 37).

Tout d'abord, ont été consacrés à plusieurs reprises les principes suivants : non-rétroactivité⁹⁹, droits de la défense¹⁰⁰, légalité des délits et des peines¹⁰¹, proportionnalité des délits et des peines¹⁰², indépendance de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle¹⁰³, présomption d'innocence¹⁰⁴.

90. 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules*, G.D. 3^e éd., n° 29; 83-164 DC, 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, Rec. p. 67; 84-184 DC, 29 décembre 1984, *Loi de Finances pour 1985*, J.O. 30/12/84, p. 4167.

91. 12 juillet 1979, *Ponts à péage*, *supra*, note 76.

92. 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules*, *supra*, note 90; 82-148 DC, 14 décembre 1982, *Conseil d'Administration Sécurité sociale*, RDP 1983, p. 333; Rec. p. 73; 29 décembre 1983, *Lois de finances pour 1984*, *supra*, note 90.

93. 9 janvier 1980, *Prévention de l'immigration clandestine*, RDP 1978, p. 817.

94. 18 novembre 1982, *Quotas par sexe*, *supra*, note 73.

95. 80-119 L, 2 décembre 1980, RDP 1981, p. 623.

96. 22 juillet 1980, *Protection des matières nucléaires*, *supra*, note 81; 84-183 DC, 18 janvier 1985, *supra*, note 41.

97. 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, RDP 1983, p. 333.

98. 16 janvier 1982, *Loi de nationalisations*, *supra*, note 73.

99. 80-109 DC, 9 janvier 1980, *Prévention de l'immigration clandestine*, *supra*, note 93; 80-126 DC, 30 décembre 1980, *Loi de finances pour 1981*, RDP 1981, p. 127; 19-20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, *supra*, note 73.

100. 2 décembre 1976, *Prévention des accidents du travail*, RDP 1978, p. 817; 19-20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, *idem*.

101. 10-11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, *supra*, note 89; 84-183 DC, 18 janvier 1985, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, J.O. 20/1/85.

102. 19-20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, *supra*, note 73.

103. 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules*, *supra*, note 90.

104. 19-20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, *supra*, note 73.

Ont été aussi reconnus comme devant être protégés sous certaines conditions le principe selon lequel une même catégorie d'infraction et donc de contrevenants ne peut être jugée par des juridictions composées différemment ¹⁰⁵ ; les principes de la personnalité des peines et de la responsabilité personnelle ¹⁰⁶ ; la séparation des juridictions d'instruction et de jugement ¹⁰⁷ ; le principe de l'application immédiate des lois prévoyant des peines plus douces ¹⁰⁸.

(d) Enfin, les droits économiques et sociaux ont fait l'objet de plusieurs décisions du Conseil constitutionnel. Ces droits ont été essentiellement prévus dans le préambule de la Constitution de 1946 (voir *supra*) au titre des « principes particulièrement nécessaires à notre temps. »

Le droit de grève s'est vu reconnaître valeur constitutionnelle tant au profit des salariés du secteur privé que des fonctionnaires, avec cependant des limites qui ont été précisées ¹⁰⁹. Le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail a été considéré comme opposable au législateur tant au profit des salariés du secteur privé que des fonctionnaires ¹¹⁰. Il en va de même de la liberté syndicale, c'est-à-dire du droit d'être syndiqué et d'adhérer au syndicat de son choix ¹¹¹. Quant au droit au travail, il est admis par le juge constitutionnel mais son application au législateur est très prudente ¹¹². On peut aussi signaler l'invocation du droit à la santé considéré comme possible à l'encontre du législateur ¹¹³.

(e) On ajoutera quelques précisions relatives aux conditions dans lesquelles le juge constitutionnel assure le respect des droits et libertés fondamentaux au législateur. Tout d'abord, il considère qu'aucun de ces droits n'est absolu et que la conciliation entre les droits fondamentaux

105. 23 juillet 1975, *Juge unique*, *supra*, note 73.

106. 2 décembre 1976, *Prévention des accidents du travail*, *supra*, note 100.

107. 78-97 DC, 27 juillet 1978, *Individualisation des peines*, RDP 1979, p. 502 ; 78-98 DC, 22 novembre 1978, *Exécution des peines*, RDP 1979, p. 1686.

108. 19-20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, *supra*, note 73.

109. 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, G.D. 3^e éd., n° 34 ; 22 juillet 1980, *Protection des matières nucléaires*, *supra*, note 81 ; 19-20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, *supra*, note 73 ; 22 octobre 1982, *Irresponsabilité des syndicats*, *supra*, note 73.

110. 77-79 DC, 5 juillet 1977, *Emploi des jeunes*, RDP 1978, p. 825 ; 77-83 DC, 20 juillet 1977, *Service fait*, RDP 1978, p. 827 ; 77-92 DC, 18 janvier 1978, *Contre-visite médicale*, RDP 1978, p. 834.

111. 22 octobre 1982, *Irresponsabilité des syndicats*, *supra*, note 73.

112. 81-134 DC, 5 janvier 1982, *Loi d'orientation sociale*, RDP 1983, p. 333 ; Rec. p. 15 ; 83-156 DC, 28 mai 1983, *Prestations de vieillesse*, Rec. p. 41.

113. 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, G.D. 3^e éd., n° 26 ; 22 juillet 1980, *Protection des matières nucléaires*, *supra*, note 47.

contradictoires conduit à limiter certains de ceux-ci. Ainsi le droit de grève doit-il être concilié avec le droit pour tout individu d'obtenir réparation d'un dommage en justice (22 oct. 1982, *Irresponsabilité des syndicats*, *supra*, note 73), la liberté de communication avec « les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'action et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels (27 juillet 1982, *Communication audio-visuelle*, *supra*, note 73). Et c'est au législateur d'opérer cette conciliation.

Par ailleurs, le respect des libertés et de l'autonomie locales ne doit pas conduire à « fragmenter » l'exercice d'un droit fondamental : car une liberté ou un droit fondamental doit recevoir effet de la même manière sur l'ensemble du territoire national. C'est ce qu'a fermement affirmé le Conseil constitutionnel dans une décision de principe à propos de la liberté de l'enseignement et du libre choix entre école publique et école privée qui risquait d'être entravé par la possibilité donnée aux communes de s'opposer à l'installation d'une école privée : « si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que *les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent des décisions de collectivités territoriales, et ainsi puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire* »¹¹⁴.

Ceci est sans doute une traduction ou une conséquence du caractère unitaire de notre État ; mais on peut se demander, à observer l'exemple américain et allemand, si le principe de l'application uniforme d'un droit fondamental ne transcende pas les problèmes de structures, et si elle ne s'impose pas dès lors que se développe la jurisprudence unificatrice d'une Cour suprême ou d'une Cour constitutionnelle appliquant une charte des droits fondamentaux.

4. La justice constitutionnelle et l'ordre juridique et politique

Bien que cela soit encore assez mal perçu en France, la justice constitutionnelle a une influence de plus en plus prononcée sur l'ordre juridique et sur l'ordre politique.

4.1. L'influence sur l'ordre juridique

Il a été montré plus haut que les éléments fondamentaux de notre ordre juridique avaient profondément évolué depuis vingt-six ans et surtout

114. 18 janvier 1985, *Enseignement et collectivités territoriales*, *supra*, note 80.

depuis dix ans ; et cela est en train de changer progressivement la physionomie de notre droit ¹¹⁵.

(1) Ce changement est visible surtout en droit public mais il l'est aussi en droit privé. En fait, et c'est ça l'événement, la jurisprudence constitutionnelle est en train de remettre en cause la distinction classique entre droit public et droit privé, en imposant comme soubassement commun à toutes les branches du droit, un droit constitutionnel qui retrouve ses fonctions originelles de droit fondamental.

Le droit constitutionnel n'est plus seulement le droit des institutions politiques. Il intéresse aussi — évidence non encore admise en France par la plupart des juristes — les bases fondamentales de notre droit et les relations entre l'État et les individus. Par ailleurs, il se « rejuridicise » c'est-à-dire qu'il redevient du droit et n'est plus seulement — du moins tel qu'il était enseigné — « un recueil de recettes politiques vaguement obligatoires dans lequel la science politique avait plus d'importance que le droit ». La jurisprudence doit même être prise en considération, comme dans les autres branches du droit. Cette conception, admise depuis longtemps dans les systèmes juridiques de type nord-américain, et parfaitement intégrée dans les systèmes européens qui ont mis en place une justice constitutionnelle, est si contraire à la tradition en France qu'il faudra certainement plus d'une génération pour la faire accepter.

Par ailleurs, sous l'effet de la jurisprudence, les différentes branches du droit voient se dessiner leurs dimensions constitutionnelles. Et ceci est valable non seulement pour ce qu'il est convenu d'appeler les branches du droit public ¹¹⁶, mais aussi pour celles du droit privé. Le droit administratif, le droit des collectivités locales ¹¹⁷, le droit financier et fiscal ¹¹⁸, le droit parlementaire ¹¹⁹, le droit économique, le droit pénal et la procédure

115. C'est ce que j'ai essayé de montrer ou du moins d'annoncer dans les études suivantes : « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *supra*, note 63 ; « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *Mélanges Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235 ; « L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles », *Revue française de droit administratif* 1984, n° 0, juillet 1984.

116. G. DRUESNE, *L'influence de la Constitution sur le droit public français*, Journées de la société de législation comparée, Paris, Société de législation comparée, 1981, p. 439.

117. Cf. F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *RDP* 1982, n° 6, p. 1543 ; L. FAVOREU, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in *La nouvelle décentralisation*, MODERNE, éd., Paris, Sirey, 1982.

118. L. PHILIP, « La constitutionnalisation du droit budgétaire français », *Mélanges Gaudemet*, Paris, Economica, 1984, p. 49-63.

119. P. AVRIL, « Droit parlementaire et droit constitutionnel sous la V^e République », *RDP* 1984, n° 2, p. 573.

pénale¹²⁰, le droit civil¹²¹, le droit social (pour ne citer que les cas les plus caractéristiques) sont ainsi en train de trouver leurs « fondements » ou leurs « bases » dans le droit constitutionnel.

(2) Toutefois, la révolution juridique qui est en train de s'effectuer rencontre de sérieuses résistances et aussi des obstacles qui freinent assez nettement sa réalisation.

Une première limitation tient aux caractéristiques mêmes de notre système de contrôle de constitutionnalité. D'un côté, ce système favorise une prise en considération immédiate et effective des normes constitutionnelles par le législateur, du fait de son caractère préventif; mais d'un autre côté, dans la mesure où, contrairement à ce qui se passe en Allemagne ou en Italie, le juge constitutionnel ne peut exercer un contrôle sur l'application qui a été faite de ses décisions par le juge ordinaire, l'effectivité de l'application des normes constitutionnelles peut n'être pas assurée. Il n'y a pas en France l'équivalent du recours constitutionnel allemand ou de l'*amparo* espagnol: le justiciable ne peut donc saisir le juge constitutionnel d'une décision juridictionnelle refusant de suivre l'interprétation donnée par celui-ci. Il n'est pas certain qu'il y ait rejet systématique de l'interprétation du juge constitutionnel. Certes, les juges judiciaires et administratifs — du moins la Cour de cassation et le Conseil d'État, — n'ont pas fait preuve jusqu'ici de beaucoup d'empressement à appliquer les décisions du Conseil constitutionnel; et ils adoptent, en général, une conception assez restrictive de l'autorité de chose jugée; mais il serait inexact d'affirmer qu'ils n'appliquent pas les décisions du juge constitutionnel.

En fait, faute d'études exhaustives (non réalisées jusqu'ici¹²²), il est difficile de faire état de résultats précis. Cependant, on peut noter que dans leurs conclusions devant le Conseil d'État, les commissaires du gouvernement ne manquent pas de souligner que le juge administratif est lié par une appréciation portée par le Conseil constitutionnel sur un texte que doit appliquer ensuite le Conseil d'État¹²³. D'ailleurs, dans un arrêt récent¹²⁴, le

120. A. MATHIOT et J. RIVERO, « Droit constitutionnel et droit criminel en France », Premières journées juridiques franco-américaines, *Revue internationale de droit comparé*, n° spécial, vol. 1, 1979, p. 579-601; R. LEGAIS, « La constitution et le droit pénal dans le système juridique français », in *idem*, vol. 3, 1981, p. 621-631.

121. F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982, p. 245.

122. ... et que nous sommes en train de mener.

123. Voir par exemple, les conclusions de M.-D. HAGELSTEEN, *RDJ* 1980, p. 536: « Cette appréciation portée sur un texte précis vous lie compte tenu des termes de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution... »

124. C.E. 1^{er} juillet 1983, *Syndicat unifié de la radio et de la télévision*, Req. 20038, inédit.

Conseil d'État a estimé qu'il devait examiner la prétendue violation d'une loi par un décret, « à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel » ayant statué sur l'interprétation de cette loi. De même, saisi pour avis de projets de loi portant validation d'actes administratifs annulés par le juge administratif, le Conseil d'État a pris en considération la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980 et les « solutions qu'il a retenues ont tendu à se conformer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel »¹²⁵. Enfin le 25 avril 1985, la Cour de cassation a pris une décision capitale en appliquant une jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Mais un autre obstacle est plus difficile à franchir : une seconde limitation à l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel tient en effet à ce que lorsqu'une *loi fait écran* entre l'acte ou la situation à juger et la Constitution, le juge ordinaire fait prévaloir la loi, même si cela aboutit à consacrer une inconstitutionnalité ! Cette position est celle du juge administratif¹²⁶, comme celle du juge judiciaire¹²⁷, et cela en vertu du principe selon lequel le juge ordinaire ne peut ni apprécier lui-même la constitutionnalité d'une loi, ni renvoyer au juge constitutionnel la question d'inconstitutionnalité. De ce fait, l'application directe des normes constitutionnelles par le juge ordinaire, judiciaire ou administratif, est en quelque sorte « filtrée » par la loi. Et comme, contrairement à ce que l'on avait pensé au début de l'application de la Constitution de 1958, le domaine législatif est de plus en plus étendu, et les lois de plus en plus nombreuses, les hypothèses d'application directe de la Constitution aux actes administratifs ou privés seront plus rares. Il est vrai, cependant, que, dans la mesure où de nombreuses lois sont contrôlées à la source par le Conseil constitutionnel, il y a de plus en plus de

125. Études et documents du Conseil d'État, 1983-84, Paris, p. 145.

126. C'est ce qu'affirme très clairement le président de la section du contentieux du Conseil d'État : « quand la légalité d'un acte administratif est contestée pour des motifs tirés de la violation de la Constitution, la position du juge administratif est totalement différente selon qu'une loi s'interpose entre la Constitution et cet acte, auquel cas la loi constitue pour le juge un écran infranchissable et c'est en fonction de la loi seule qu'il apprécie la légalité de l'acte litigieux ; si, au contraire, aucune loi n'est intervenue en la matière, le juge administratif apprécie, directement par rapport à la loi constitutionnelle, la légalité discutée devant lui de l'acte administratif [...] » (R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, Les cours de droit, Paris, 1981, fascicule 1, p. 232).

127. Cf. G. DRUESNE, « La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la V^e République », *RDJ* 1974, p. 199 : « Le juge [judiciaire] refuse [...] l'examen de tout moyen fondé sur l'inconstitutionnalité d'une loi, et n'accepte de contrôler la constitutionnalité d'un acte de l'Exécutif que s'il n'a pas été pris sur la base d'une loi, s'il n'a pas de fondement législatif : dans le cas contraire, la loi fait écran et rend irrecevable toute critique de la constitutionnalité d'un acte pris conformément aux prescriptions législatives ».

chances que le législateur applique correctement les normes constitutionnelles. Mais l'on retombe sur le problème précédent, à savoir que le juge constitutionnel n'a pas le moyen de contrôler si ses interprétations et décisions sont respectées par le juge ordinaire.

4.2. L'influence sur l'ordre politique

L'influence sur l'ordre politique s'est surtout fait sentir à partir de la mise en place de la saisine parlementaire, il y a dix ans. Elle s'est accentuée lorsqu'a eu lieu l'alternance, à partir de mai 1981. Et, bien évidemment, fut alors évoqué le risque de « gouvernement des juges », vieux mythe qui fait rituellement sa réapparition.

(1) En fait le Conseil constitutionnel a plusieurs fois rappelé qu'il n'exerçait pas le pouvoir politique et que la Constitution ne lui conférait pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »¹²⁸. Le Conseil constitutionnel n'est pas une troisième Chambre et c'est ce qu'exprime nettement Maurice Duverger (pourtant peu favorable, au départ, à la justice constitutionnelle) en faisant une distinction entre autorité politique et autorité juridictionnelle : « Le pouvoir d'opposition du Conseil constitutionnel n'a pas la même nature que celui du Sénat et de la minorité de l'Assemblée nationale. Le second implique une appréciation toute subjective du contenu de la réforme engagée par la majorité. Le premier vérifie que les lois ainsi votées sont conformes aux règles juridiques dont le respect s'impose à chaque parti pour maintenir la démocratie »¹²⁹.

Faire reproche au Conseil constitutionnel d'exercer, par sa jurisprudence, une influence sur le jeu politique revient à mettre en cause tous les systèmes de justice constitutionnelle car, bien évidemment, ils ont une influence sur le fonctionnement des régimes politiques. Il n'est que de voir ce qui se passe en Allemagne fédérale où l'on parle de l'État des juges à propos du rôle considérable du Tribunal constitutionnel.

(2) Les effets de l'intervention du Conseil constitutionnel sur la vie politique sont divers mais obéissent, en définitive, à la même logique.

Tout d'abord, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel a contribué, de manière décisive, à pacifier la vie politique. Ceci a été le cas à diverses occasions : en 1974-75, lors du vote de la *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse* ; en 1975-76, lorsqu'il s'est agi de ratifier l'engagement international permettant d'élire le Parlement européen au suffrage universel direct ; en 1981-82 lors de l'affaire des nationalisations ; en 1984 à propos de

128. CC 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, G.D. 3^e éd., n° 26, p. 295.

129. M. DUVERGER, *La République des citoyens*, Paris, Ramsay, 1983, p. 213.

la *Loi sur les entreprises de presse*. Chaque fois, la fièvre est retombée après que la décision du Conseil constitutionnel eut été rendue. Et si le contrôle des lois remplit cette fonction c'est parce que l'opposition a à sa disposition un moyen de s'assurer que la majorité ne franchit pas les limites fixées par la Constitution.

C'est ce qui explique que l'existence et l'action du Conseil constitutionnel aient facilité et permis l'alternance en 1981-82¹³⁰. En effet, directement par ses décisions ou même indirectement par l'autolimitation de la majorité qu'a suscitée la crainte de sa censure, le juge constitutionnel a assuré la régulation du processus du changement en canalisant les réformes, c'est-à-dire en indiquant quelles voies étaient ouvertes à la majorité pour créer de nouvelles règles de droit, et quelles voies lui étaient fermées faute de disposer d'un consensus suffisant. C'est ainsi que la réforme de la décentralisation n'a pu revêtir l'ampleur prévue, parce que la gauche n'avait pas la majorité suffisante pour réviser la Constitution et qu'il lui a donc fallu se contenter de faire voter des mesures qui ne nécessitaient que le vote d'une loi ordinaire. Mais du même coup, le Conseil constitutionnel a, en attestant que la nouvelle majorité se tenait dans les limites prévues par la Constitution, contribué incontestablement à faire accepter le changement : dès lors en effet que les réformes sont déclarées conformes à la Constitution, au besoin après quelques retouches, il n'y a plus de doute sur leur régularité et plus de raison de se refuser à les appliquer. L'alternance intervenant après vingt-trois ans d'exercice du pouvoir par la même majorité, les changements auraient pu être très brutaux, le clivage gauche-droite étant en France beaucoup plus tranché que dans des pays où l'alternance se fait entre partis défendant des programmes peu éloignés les uns des autres : le Conseil constitutionnel a évité que le balancier n'aille trop loin et que le mécanisme ne se brise.

La justice constitutionnelle a ainsi été un contrepoids remplissant une mission de plus en plus nécessaire dans les systèmes démocratiques où la traditionnelle séparation des pouvoirs entre législatif et exécutif a cédé la place à un face à face majorité-opposition. En Grande-Bretagne comme en Allemagne fédérale ou en Autriche, la majorité parlementaire et la majorité gouvernementale ne forment qu'un seul bloc face à l'opposition. En France, de plus, s'ajoute au bloc majoritaire, le président de la République élu directement par le Peuple et disposant d'une légitimité et de pouvoirs considérables. On conçoit alors que soient nécessaires un contrepoids et un garant de l'équilibre entre majorité et opposition. Dès lors, le rôle du juge constitutionnel s'éclaire : c'est moins un contrôleur du Parlement, qu'un contrôleur de la majorité gouvernementale et présidentielle. Les lois ayant,

130. Pour plus de détails, voir L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et l'alternance », *Revue française de science politique*, 1984, vol. 34, n° 4.5, p. 1002-1030.

dans 90 % des cas, pour origine des projets gouvernementaux voire présidentiels, le juge constitutionnel assure en réalité le contrôle de l'action gouvernementale qui, en France, risquait d'échapper au juge ordinaire dans la mesure où celui-ci ne se reconnaît pas compétent pour vérifier la constitutionnalité de la loi.

Conclusion

Finalement, l'un des éléments les plus originaux et les plus importants du système constitutionnel et politique français s'avère être, vingt-six ans après, celui qui avait été le plus critiqué et le plus méprisé au début de la V^e République. Comme l'a dit Olivier Duhamel lors du colloque de l'Association française de la science politique consacré au XXV^e anniversaire de la V^e République :

Où est aujourd'hui le pouvoir, sinon entre les mains du président élu par le peuple ? Où sont aujourd'hui les bribes du contre-pouvoir, sinon entre les mains du Conseil constitutionnel saisi par l'opposition ? Les deux organes les plus modifiés au regard du texte de 1958 *sont les plus radicalement inédits au regard de l'histoire constitutionnelle française et deviennent les plus importants du droit constitutionnel de ce siècle finissant* : Qui eût imaginé jadis dans les manuels ces pages sur la présidence ? *Qui eût envisagé des leçons de contentieux constitutionnel ?*¹³¹.

Ceci constitue aussi une leçon d'humilité pour la doctrine et pour la classe politique. Tout au long de la IV^e République et au début de la V^e République, ont été élaborés de savants projets de réforme constitutionnelle dont aucun ne visait à créer la justice constitutionnelle telle qu'elle existe aujourd'hui. Dans un pays qui a connu près de vingt constitutions depuis 1789, c'est finalement une institution ne résultant d'aucun projet doctrinal et née de l'empirisme des constituants qui devient l'un des deux organes « les plus importants du droit constitutionnel de ce siècle finissant ! » Beau retournement que la classe politique a très vite assimilé et exploité mais que la doctrine rechigne fort à admettre. En effet, le droit constitutionnel continue à être enseigné en France comme au temps où il n'existait pas de justice constitutionnelle, c'est-à-dire en mettant l'accent sur l'influence des systèmes électoraux, la description des institutions et des forces politiques, et en omettant les aspects juridiques et jurisprudentiels. Certes, il commence à y avoir des changements ; mais il est dur de renoncer aux habitudes. Pourtant un double champ d'investigations extrêmement fécond s'ouvre aux chercheurs : d'une part, l'histoire, car en définitive, grâce au juge constitutionnel,

131. O. DUHAMEL, « Les logiques cachées de la Constitution », *Revue française de science politique*, in *idem*, p. 622.

il s'avère que, sur certains points très importants (soit relatifs aux institutions comme la structure de l'État unitaire et l'indivisibilité de la République, soit surtout aux droits fondamentaux), la France n'a pas connu vingt systèmes constitutionnels depuis 1789 mais un seul, tant la continuité est évidente¹³² ; d'autre part, le droit comparé, car en ce domaine la doctrine française peut retirer de considérables enrichissements de la connaissance des expériences qui sont les plus proches d'elle — telles les expériences allemande, italienne, autrichienne et espagnole — mais aussi de celles qui obéissant à des logiques différentes, aboutissent cependant au fond aux mêmes conceptions.

Car, et ce sera ma dernière réflexion, il est assez extraordinaire de constater que quelles que soient les institutions politiques d'une démocratie, on constate l'existence au-delà de la diversité de ces institutions et grâce à la justice constitutionnelle, d'une communauté remarquable de concepts et de techniques dès lors qu'il s'agit de protection des droits et libertés fondamentaux. Le droit constitutionnel prend ainsi une dimension transnationale que l'on découvre en France avec une certaine surprise parce que les analyses de science politique nous avaient habitué à des visions fragmentaires et divergentes. C'est le « nouveau droit constitutionnel » qui est en train d'apparaître en même temps que se produit cette révolution qui va faire du droit public d'avant 1970, de l'ancien droit.

132. Voir en ce sens l'analyse par J.L. MESTRE des Conditions de consécration du droit de propriété dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 : « Le Conseil constitutionnel, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre », *Dalloz* 1984, chronique p. 1.